

LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO DE AUTOR, EN COMPARACIÓN CON LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN IBEROAMÉRICA DURANTE 1999

ULRICH UCHTENHAGEN

INTRODUCCIÓN

La evolución tecnológica de los medios de grabación y difusión, su dimensión global y, en consecuencia, la importancia económica creciente de los derechos de autor ocupan y hasta preocupan a los legisladores en todos los continentes. Pero los métodos y también las soluciones son diferentes. En la Unión Europea, con un aspecto particular de armonización del mercado europeo, la Comisión decidió sobre cinco directivas para completar y ajustar el derecho de autor. En América Latina vemos el Pacto Andino –con Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela como Estados miembros– lanzar, con su Decisión 351, un derecho de autor común. Una gran parte de los otros legisladores nacionales precede o sigue con nuevas leyes.

“Por sus frutos los conoceréis”. Pensando en este versículo de San Mateo (7, 16), cuando fui invitado a presentar un estudio sobre “La protección de los derechos de autor en Iberoamérica durante 1999” me dediqué a una comparación de los resultados obtenidos en la Unión Europea y en América Latina.

Según la tarea atribuida, no me ocupé en este estudio con los derechos conexos al derecho de autor, pero señalo que una comparación en este sector también podría conducir a conclusiones muy interesantes.

I. LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO DE AUTOR

Antes de empezar con el estudio de comparación entre las directivas de la Unión Europea y la legislación latinoamericana cabe presentar esta última brevemente con sus rasgos característicos.

A. SU ESTADO

América Latina conoce una verdadera efervescencia de actividad legislativa en materia de derecho de autor. En el curso de la última década, no menos de dos tercios de los países de idiomas castellano o portugués del continente se dotaron de nuevas leyes o modificaron sus leyes anteriores de manera sustancial.

En orden cronológico, según el año de promulgación de las leyes, se presenta el estado de la legislación latinoamericana de derecho de autor:

| AÑO PROMULGACIÓN | PAÍS | TÍTULO DE LA LEY |
|------------------|-----------------|---|
| 1904 | Nicaragua | Código Civil |
| 1933 | Argentina | Ley 11.723 sobre propiedad literaria y artística |
| 1937 | Uruguay | Ley 9.739 sobre derechos de autor |
| 1977 | Cuba | Ley 14 sobre derecho de autor |
| 1982 | Colombia | Ley 23 sobre derechos de autor |
| 1986 | Rep. Dominicana | Ley 32-86 sobre derecho de autor |
| 1992 | Bolivia | Ley 1322 sobre derecho de autor |
| 1970 / 1992 | Chile | Ley 17.336 / 19.166 sobre propiedad intelectual |
| 1993 | Pacto Andino | Decisión 351, Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos |
| 1993 | El Salvador | Ley 604 de fomento y protección de la propiedad intelectual |
| 1993 | Honduras | Ley 141-93 de derechos de autor y derechos conexos |
| 1993 | Venezuela | Ley sobre derecho de autor |
| 1982 / 1994 | Costa Rica | Ley 6683 / 7397 de derechos de autor y derechos conexos |
| 1994 | Panamá | Ley 15 sobre el derecho de autor y derechos conexos |
| 1996 | México | Ley Federal del derecho de autor |
| 1996 | Perú | Ley 822 sobre el derecho de autor |
| 1998 | Brasil | Ley 9.610 |
| 1998 | Ecuador | Ley 83 de propiedad intelectual |
| 1998 | Guatemala | Ley 33/98 de derechos de autor y derechos conexos |
| 1998 | Paraguay | Ley 1.328 de derecho de autor y derechos conexos |

En seguida, todas las citas de artículos se refieren a estas leyes.

1. *Las cláusulas generales para los derechos patrimoniales*

Los legisladores latinoamericanos empezaban temprano con la inserción de

cláusulas generales en las leyes de derecho de autor. Con este método de legislar se liberaban de la necesidad de complementar las disposiciones legales con cada aparición de nuevas formas de utilización de las obras. Con otras palabras, las cláusulas generales contribuyen a fortalecer el papel

de la jurisprudencia en el perfeccionamiento del derecho de autor; una manera de proceder mucho más rápida y económica.

Uruguay fue el primer país del continente que insertó, ya en 1937, una cláusula general en su ley sobre derechos

de autor. Fundó con esto una tradición que se mantiene hasta hoy, con la excepción de la ley cubana. En la presentación siguiente de las cláusulas generales, otra vez en orden cronológico, se puede observar la evolución de la técnica legislativa.

| AÑO PROMULGACIÓN | PAÍS | CLAÚSULA GENERAL |
|------------------|-----------------|---|
| 1904 | Nicaragua | — |
| 1933 | Argentina | — |
| 1937 | Uruguay | “El derecho de propiedad intelectual [...] comprende la facultad de enajenar, reproducir, publicar, traducir, ejecutar, difundir en cualquier forma [...] La facultad de difundir comprende todos los medios de difusión mecánica, como el teléfono, la radiotelefonía, la televisión y otros procedimientos análogos” (art. 2º). |
| 1977 | Cuba | — |
| 1982 | Colombia | “Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas: “A. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte; “B. De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de [...] o cualquier otro medio [...] conocido o por conocer” (art. 3º). |
| 1986 | Rep. Dominicana | “Los autores [...] tienen la libre disposición de su obra a título gratuito u oneroso y, por tanto, derecho a autorizar o prohibir “[...] g) cualquier otra forma de disposición, utilización o explotación conocida o por conocerse” (art. 20). |
| 1992 | Bolivia | “El autor [...] tendrá el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir cualesquiera de los actos siguientes: “[...] c) Comunicar la obra al público mediante [...] o por cualquier otro medio de difusión (art. 15). |

| AÑO PROMULGACIÓN | PAÍS | CLAÚSULA GENERAL |
|------------------|-------------|--|
| 1970 / 1992 | Chile | <p>“El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros” (art. 17).</p> <p>“Sólo el titular del derecho de autor [...] tendrá el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:</p> <p>“a) Publicarla mediante [...] y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro” (art. 18).</p> |
| 1993 | El Salvador | <p>“El derecho pecuniario del autor es la facultad de percibir beneficios económicos provenientes de la utilización de las obras y comprende especialmente las siguientes facultades:</p> <p>“[...] b) la de difundir la obra por cualquier medio que sirva para transmitir los sonidos y las imágenes, tales como [...] o por cualquier otro medio ya conocido o que se desarrolle en el futuro” (art. 7º).</p> |
| 1993 | Honduras | <p>“Al autor corresponde el derecho de percibir beneficios económicos, provenientes de la utilización de la obra por cualquier medio, forma o proceso. Por consiguiente, podrá realizar o autorizar, en especial, cualesquiera de los actos siguientes:</p> <p>“[...] 5) la comunicación al público, directa o indirectamente, por cualquier procedimiento o medio conocido o por conocer...” (art. 38).</p> |
| 1993 | Venezuela | <p>“El autor goza también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio” (art. 23).</p> <p>“Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra, y particularmente mediante:</p> |

| AÑO PROMULGACIÓN | PAÍS | CLAÚSULA GENERAL |
|------------------|------------|--|
| 1982 / 1994 | Costa Rica | <p>“[...] 9) En fin, la difusión por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes” (art. 40).</p> <p>“Al autor [...] corresponde el derecho exclusivo de utilizarla.</p> <p>“Por consiguiente, compete al autor autorizar:</p> <p>“[...] d) cualquier otra forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse” (art. 16).</p> |
| 1994 | Panamá | <p>“El autor goza también del derecho exclusivo de explotar la obra en cualquier forma y beneficiarse de ella...” (art. 36).</p> <p>“Son actos de comunicación pública, especialmente los siguientes:</p> <p>“[...] 9) La difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes” (art. 38).</p> |
| 1996 | México | <p>“En virtud del derecho patrimonial corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma” (art. 24).</p> <p>“Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:</p> <p>“[...] III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por:</p> <p>“[...] e) cualquier otro medio análogo” (art. 27).</p> |
| 1996 | Perú | <p>“El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios...” (art. 30).</p> <p>“El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir</p> |

| AÑO PROMULGACIÓN | PAÍS | CLAÚSULA GENERAL |
|------------------|-----------|---|
| 1998 | Brasil | <p>“[...] f) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no esté contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa” (art. 31).</p> <p>“Cabe al autor el derecho exclusivo de utilizar, usufructuar y disponer de la obra...” (art. 28).</p> <p>“Depende de autorización previa y expresa del autor la utilización de la obra, por cualquier modalidad, tal como</p> <p>“[...] X. Cualesquiera otras modalidades de utilización, existentes o que vengan a ser inventadas” (art. 29).</p> |
| 1998 | Ecuador | <p>“El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios” (art. 19).</p> <p>“La explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente mediante cualquiera de los actos enumerados [...] es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor” (art. 20).</p> |
| 1998 | Guatemala | <p>“Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieron expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra por cualquier medio, forma o proceso; de consiguiente, les corresponde autorizar cualquiera de los actos siguientes:</p> <p>“[...] d) la comunicación al público, directa o indirectamente, por cualquier procedimiento o medio, conocido o por conocerse, en particular los actos siguientes...” (art. 21).</p> |
| 1998 | Paraguay | <p>“El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios...” (art. 24).</p> <p>“El derecho patrimonial comprende, especialmente, el exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:</p> |

CLAÚSULA GENERAL

“[...] 6. Cualquier otra forma de utilización de la obra que no esté contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa” (art. 25).

B. LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

7. En el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna) y en la Convención Universal sobre Derecho de Autor (Convención Universal) los programas de ordenador no figuran como obras protegidas por el derecho de autor. Aparte de estos tratados, la asimilación de estos programas de ordenador a las obras literarias fue obtenida con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) en 1994; su artículo 10º, párrafo 1, estipula:

Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971).

Con el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA), en 1996 esta asimilación fue “sellada” con las disposiciones de su artículo 4º.

1. *La Directiva de la Unión Europea*

Tres años antes de la firma del AADPIC, con su Directiva 91/250 del 14 de mayo

de 1991, la Comisión de la Unión Europea (UE) regulaba la protección jurídica de los programas de ordenador. Los Estados miembros de la UE se obligaron, según el primer artículo, “a proteger los programas de ordenador en tanto que obras literarias en el sentido del Convenio de Berna”. Esta disposición se puede considerar como precursor principal para el régimen internacional siguiente.

Los derechos de autor nacen en la persona creadora de estos programas, con la posibilidad de considerar al empleador del programador como derechohabiente si la ley nacional así lo define. Al lado de las excepciones generales, se agregan tres excepciones particulares, relativas a:

- La utilización del programa en conformidad con su destinación, incluyendo la corrección de errores,
- La copia de salvaguardia;
- Las facultades de observar, estudiar o controlar el funcionamiento del programa.

2. *La protección en América Latina*

También en América Latina los legisladores nacionales y los responsables de la Decisión 351 del Pacto Andino se ocupaban de la protección de los programas de ordenador antes de la firma del AADPIC. En orden cronológico, esta protección fue introducida de la manera siguiente:

| AÑO | PAÍS | DISPOSICIÓN LEGAL |
|-----------|-----------------|---|
| 1986 | Rep. Dominicana | “Los programas de computadoras” figuran como categoría especial de las obras, sin asimilación a las obras literarias. |
| 1989 | Colombia | Decreto 1360 del 23 de junio de 1989: se define “el soporte lógico” como creación del dominio literario y se permite su inscripción en el registro de obras del derecho de autor. |
| 1992 | Bolivia | Art. 6º, lit. l): se mencionan los programas de ordenador como categoría de obras, pero con referencia a reglamentaciones específicas. |
| 1970/1992 | Chile | Art. 3º, num. 16: sin vinculación con las obras literarias. |
| 1993/1994 | | Decisión art. 4º, lit. l): sin vinculación con las obras literarias. |
| 1993 | El Salvador | Art. 13 |
| 1993 | Honduras | Art. 2º |
| 1993 | Venezuela | Art. 2º |
| 1982/1994 | Costa Rica | Art. 1º |
| 1994 | Panamá | Art. 7º |
| 1996 | México | Art. 102 |
| 1996 | Perú | Art. 69 |
| 1998 | Brasil | Art. 7º: los programas de ordenador son “objetos de legislación específica obedecidas las disposiciones de esta ley en lo que les sea aplicable”. |
| 1998 | Ecuador | Art. 28 |
| 1998 | Guatemala | Arts. 15 y 30 |
| 1998 | Paraguay | Art. 67 |

Se nota que después de la Directiva de la UE en 1991, los programas de ordenador son protegidos como obras en todas las leyes latinoamericanas ulteriores de derecho de autor.

Ninguna ley latinoamericana considera el productor del programa de ordenador como titular originario de esta obra, pero nueve leyes presumen la cesión de los derechos por el programador al productor, salvo estipulación contractual al contrario:

| AÑO | PAÍS | DISP. LEGAL |
|------|-------------|---------------|
| 1993 | El Salvador | Art. 33 |
| 1993 | Honduras | Art. 32 |
| 1993 | Venezuela | Art. 17 |
| 1994 | Panamá | Arts. 17 y 18 |
| 1996 | México | Art. 103 |
| 1996 | Perú | Art. 71 |
| 1998 | Ecuador | Art. 29 |
| 1998 | Guatemala | Art. 11 |
| 1998 | Paraguay | Art. 69 |

Ocho legisladores del continente incluyeron en sus leyes las excepciones específicas de utilización de programas de ordenador:

| AÑO | PAÍS | DISP. LEGAL |
|---------|-----------|---------------|
| 1970/92 | Chile | Art. 47 |
| 1993 | Honduras | Art. 33 |
| 1993 | Venezuela | Art. 44 |
| 1996 | México | Art. 105 |
| 1996 | Perú | Arts. 72 a 76 |
| 1998 | Ecuador | Arts. 30 a 32 |
| 1998 | Guatemala | Arts. 31 a 33 |
| 1998 | Paraguay | Arts. 70 a 73 |

C. EL DERECHO DE ALQUILER Y DE PRÉSTAMO

El derecho de alquiler y de préstamo no figura en el Convenio de Berna y tampoco en la Convención Universal. Fue introducido con el AADPIC, al menos relativo a los programas de ordenador y a las obras cinematográficas, con su artículo 11. Esta protección fue consagrada con el TODA, en su artículo 7º, agregando un derecho de alquiler a las obras incorporadas en fonogramas, según establezca la legislación nacional.

1. *La Directiva de la Unión Europea*

La Unión Europea no reconoce la limitación del derecho de alquiler a ciertas categorías de obras; con su Directiva 92/100 del 19 de noviembre de 1992 –dos años antes del AADPIC– otorgaba un derecho general de alquiler, excluyendo sólo las obras de arquitectura y de artes aplicadas. El derecho de alquiler y de préstamo corresponde, según el artículo

1º de la directiva, a un derecho exclusivo, asociado a la facultad para los Estados miembros de prever licencias obligatorias en los casos de préstamos públicos o de introducir regímenes especiales relativos a préstamos de fonogramas, películas y programas de ordenador. El efecto del “agotamiento” después de la puesta en circulación del original o de las copias de una obra fue expresamente excluido.

2. *La situación en América Latina*

Tampoco en América Latina el derecho de alquiler y de préstamo fue limitado a ciertas categorías de obras. Las cláusulas generales antes mencionadas engloban este derecho desde hace largo tiempo. Las siguientes leyes lo nombran *expressis verbis*:

| AÑO | PAÍS | DISP. LEGAL |
|---------|-------------|----------------------------|
| 1986 | R. Dominic. | Art. 20, lit. f) |
| 1993 | El Salvador | Art. 7, lit. d) |
| 1993 | Honduras | Art. 36, num. 6 |
| 1993 | Venezuela | Art. 41, segundo párrafo |
| 1982/94 | Costa Rica | Art. 16, lit. e) |
| 1993 | | Decisión, art. L3, lit. c) |
| 1994 | Panamá | Art. 40, par. 1 |
| 1996 | Perú | Art. 34 |
| 1998 | Ecuador | Art. 20, lit. c) |
| 1998 | Guatemala | Art. 21, lit. e) |
| 1998 | Paraguay | Art. 28 |

A partir de la ley mexicana de 1996 aparece el término especial de “derecho de distribución”, que engloba el derecho de alquiler y de préstamo. En las leyes de México y de Brasil, este derecho de distribución, sin embargo, no se define:

| AÑO | PAÍS | DISPOSICIÓN LEGAL |
|------|--------|--|
| 1996 | México | “La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación” (art. 27, par. IV). |
| 1998 | Brasil | “Distribución cuando no sea intrínseca al contrato suscrito por el autor con terceros para uso o explotación de la obra” (art. 29, par. VI). |

Ningun país en América Latina ha restringido el derecho exclusivo de alquiler y de préstamo con la introducción de licencias obligatorias.

La precisión legislativa según la cual el “agotamiento” del derecho de distribución se limita a la venta sucesiva y no se extiende al alquiler o al préstamo fue insertada en las leyes de los países siguientes:

| AÑO | PAÍS | DISP. LEGAL |
|------|-------------|------------------|
| 1993 | El Salvador | Art. 7º, lit. d) |
| 1993 | Venezuela | Art. 41, par. 3 |
| 1994 | Panamá | Art. 40, par. 2 |
| 1996 | México | Art. 27, par. IV |
| 1996 | Perú | Art. 34, par. 2 |
| 1998 | Guatemala | Art. 21, lit. e) |
| 1998 | Paraguay | Art. 28, par. 2 |

D. LOS DERECHOS DE RADIODIFUSIÓN POR SATÉLITE Y DE RETRANSMISIÓN POR CABLE

El artículo 11 bis del Convenio de Berna se refiere, desde su introducción en 1928, a la radiodifusión en general e incluye, por eso, también las radiodifusiones mediante satélites.

El derecho de retransmisión por cable se ubica en el mismo artículo con la definición “toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen”. Con esta base convencional sólida, el AADPIC no menciona los satélites y la cabledifusión y tampoco se ocupa el TODA de estos asuntos.

1. *La Directiva de la Unión Europea*

En la Directiva 93/83 del 27 de septiembre de 1993 se trataba menos de asegurar los derechos de radiodifusión de satélites y de retransmisión por cable que de armonizar su ejercicio en un mercado común. Por esas razones, después de haberlos confirmado en el primer artículo, el acento de la directiva se pone sobre las actividades de las sociedades de gestión colectiva en este sector. Vamos a tratar este último problema separadamente, en el próximo capítulo, y nos limitamos aquí con la garantía de los derechos de radiodifusión por satélite y de retransmisión por cable en las leyes.

2. *La situación en América Latina*

A imagen del Convenio de Berna, los

derechos de radiodifusión por satélite y de retransmisión por cable se ven anclados en todas las leyes latinoamericanas de derecho de autor, con la sólo excepción del Código Civil de Nicaragua de 1904. Con

la importancia creciente de estos nuevos medios de comunicación, aparecen los términos “satélite” y “cable” en las leyes del continente, con el ritmo siguiente:

| AÑO | PAÍS | DISPOSICIÓN LEGAL |
|------|---------------|---|
| 1986 | Rep. Dominic. | Art. 20, lit. e), num. 2: “por la radiodifusión sonora o audiovisual, inclusive la transmisión por cable o satélite”. |
| 1993 | El Salvador | Art. 7º, lit. c): cable y satélite. |
| 1993 | Honduras | Art. 9º, num. 24: cable. Art. 38, num. 5, lit. c): satélite. |
| 1993 | Venezuela | Art. 40, num. 4: cable. |
| 1994 | Panamá | Art. 38: cable. |
| 1996 | México | Art. 27, num. III, lit. a) cable; lit. d): satélite. |
| 1996 | Perú | Art. 2º, num. 40: satélite. Art. 33, lit. c): cable. |
| 1998 | Brasil | Art. 29: cable y satélite. |
| 1998 | Ecuador | Art. 7º, definiciones; emisión: satélite; retransmisión: cable. |
| 1998 | Guatemala | Art. 4º, definiciones; emisión: cable; radiodifusión: satélite. |
| 1998 | Paraguay | Art. 2º, definiciones; num. 36: satélite; num. 40: cable. |

F. LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Cuando un autor autoriza a un organismo de radiodifusión para difundir su obra, pero se rebela en contra de la retransmisión de las emisiones en las redes de cable, amenaza todo el sistema de las comunicaciones por escalones y con etapas. El remedio para evitar o sanar estas lesiones innumerables es el fortalecimiento de la gestión colectiva de los derechos de autor.

1. *La Directiva de la Unión Europea*

Con la Directiva 93/83 del 27 de septiembre de 1993 la Comisión autoriza a los Estados miembros, relativo a la radiodifusión por satélite, a poder extender las competencias de las sociedades de gestión colectiva, de manera que se ocupen no sólo de los derechos de sus asociados sino también de los derechos de los autores no vinculados a ellas. Esta facultad debería, sin embargo, limitada a emisiones por satélite simultáneamente difundidas con emisiones terrestres (art. 3º).

Esta autorización relativamente tímida se ve ampliada en el sector de las retransmisiones por cable; con el artículo 9º de la directiva, la Comisión de la UE dispone que sólo sociedades de gestión colectiva pueden ejercer los derechos de cabledifusión de los autores. Con otras palabras: el respeto de los derechos de autor exige su concentración en unas manos.

2. *La situación en América Latina*

Los legisladores latinoamericanos no consideran la gestión colectiva de los derechos de autor como medida para asegurar y facilitar el ejercicio de estos derechos. Por consiguiente, los Estados del continente no apoyan a los autores en el ejercicio común de sus derechos. Sólo toleran el establecimiento de sus sociedades de gestión colectiva y las fiscalizan. Por esas razones, falta, en la legislación latinoamericana, toda disposición similar a los artículos 3º y 9º de la directiva europea mencionada. Se trata de una deficiencia considerable.

F. LA DURACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

El Convenio de Berna fija, en su artículo 7º, parágrafo 1, la vigencia de la protección en la duración de la vida del autor y 50 años después de su muerte. Este plazo es un lapso mínimo que puede ser extendido por los Estados miembros. También tienen la facultad de reducir el plazo de protección para las obras fotográficas hasta un período de 25 años *post mortem auctoris*. Esta duración de la protección fue confirmada con el artículo 12 del AADPIC, en 1994. Con la firma del TODA, en 1996, se elimina la discriminación relativa a las obras fotográficas.

1. *La Directiva de la Unión Europea*

19. Con la promulgación de la ley de la República Federal Alemana, en 1965, se vislumbraba el inicio de un movimiento en favor de una extensión del plazo de protección. Seguían otros países, especialmente en Europa, y seguía, con su Directiva 93/98 del 29 de octubre de 1993, la Comisión de la Unión Europea, fijando, con su artículo 1º, parágrafo 1, la duración de la protección en la vida del autor y 70 años después de su muerte. Además, se elimina, tres años antes del TODA, la anomalía de un plazo de protección reducido relativo a las obras fotográficas.

2. *La situación en América Latina*

Durante un cierto período, América Latina estaba condicionada por el plazo de 25 años emanante de la Convención Universal. Con el acercamiento del continente al Convenio de Berna los plazos de protección se normalizan y se presentan hoy de la siguiente manera:

| AÑO | PAÍS | PLAZO AÑOS/ DISP. LEGAL |
|---------|-------------|----------------------------|
| 1904 | Nicaragua | 30 Arts. 735, 769, 791 |
| 1933 | Argentina | 50 Art. 5º |
| 1937 | Uruguay | 50 Art. 64 |
| 1977/94 | Cuba | 50 Art. 43 |
| 1982 | Colombia | 80 Arts. 11 y 21 |
| 1986 | R. Dominic. | 50 Art. 21 |
| 1992 | Bolivia | 50 Art. 18 |
| 1970/92 | Chile | 50 Art. 10º |

| AÑO | PAÍS | PLAZO AÑOS/ DISP. LEGAL | AÑO | PAÍS | PLAZO AÑOS/ DISP. LEGAL |
|---------|-------------|----------------------------|---|-------------|----------------------------|
| 1993 | El Salvador | 50 Art. 86 | 1933 | Argentina | 20 Art. 34 |
| 1993 | Honduras | 50 Art. 43 | 1986 | R. Dominic. | 10 Art. 26 |
| 1993 | Venezuela | 60 Art. 25 | 1993 | Honduras | 25 Art. 44 |
| 1982/94 | Costa Rica | 50 Art. 58 | En relación con el plazo de protección, cabe mencionar la institución del dominio público oneroso o pagante, de práctica en los siguiente cinco países de América Latina: | | |
| 1994 | Panamá | 50 Art. 42 | | | |
| 1996 | México | 75 Art. 29 | | | |
| 1996 | Perú | 70 Art. 52 | | | |
| 1998 | Brasil | 70 Art. 41 | | | |
| 1998 | Ecuador | 70 Art. 80 | AÑO | PAÍS | DISP. LEGAL |
| 1998 | Guatemala | 75 Art. 43 | 1937 | Uruguay | Art. 42 |
| 1998 | Paraguay | 70 Art. 47 | 1958 | Argentina | Ley 1.224 |
| | | | 1977 | Cuba | Art. 49 |
| | | | 1992 | Bolivia | Art. 60 |
| | | | 1998 | Paraguay | Art. 55 |

Sólo tres países de América Latina introducían en sus leyes nacionales plazos reducidos relativos a las obras fotográficas:

También el tratamiento de las expresiones de folklore como obras de derecho de autor puede influenciar la duración de la protección; los legisladores de los países siguientes se ocuparon de este problema:

| AÑO | PAÍS | DISPOSICIÓN LEGAL |
|------|-----------|---|
| 1977 | Cuba | Arts. 26 y 27 |
| 1992 | Bolivia | Arts. 21 a 23 |
| 1996 | México | Arts. 157 a 161: sólo derecho moral. |
| 1996 | Perú | Art. 5º, lit. l): sólo antologías y compilaciones de expresiones de folklore. |
| 1998 | Ecuador | Art. 9º: sólo derecho moral. |
| 1998 | Guatemala | Art. 14: reserva de legislación específica. |
| 1998 | Paraguay | Arts. 83 y 84 |

G. LA PROTECCIÓN DE LAS BASES DE DATOS

El Convenio de Berna no menciona las bases de datos. Pero contiene, en su artículo 2º, par. 1, una definición de las obras:

Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como [...] que se aplica también a las bases de datos, cuando la selección o disposición de las materias constituyan una “producción en el campo literario, científico o artístico”.

Además, figuran en el artículo 2º, parágrafo 5 del Convenio de Berna, las colecciones de obras, con las disposiciones siguientes:

Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.

Con el AADPIC, en su artículo 10º, parágrafo 2, se yuxtaponen las bases de datos a las colecciones de obras literarias o artísticas, con el texto siguiente:

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición

de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales...

Se precisa, con estas disposiciones, que la protección por el derecho de autor no depende del contenido de la colección o compilación, sino sólo de la actividad creativa de seleccionar o de disponer de los datos o elementos, en el sentido de una “producción literaria o artística” según el artículo 2º, parágrafo 1 del Convenio de Berna.

El TODA, en su artículo 5º, confirma esta conclusión, con palabras muy similares al AADPIC:

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales...

En una declaración concertada adicional, se hace constar que “el ámbito de la protección de las compilaciones de datos (bases de datos), en virtud del artículo 5º del TODA, “... está en conformidad con el artículo 2º del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del AADPIC”.

Resumiendo, observamos tres categorías de bases de datos:

I. Bases de datos que contienen obras literarias o artísticas, en el sentido del artículo 2º, parágrafo 5 del Convenio de Berna (enciclopedias y antologías).

II. Bases de datos sin contenido protegido por el derecho de autor, pero con datos o elementos seleccionados o dispuestos de manera que esta selección o disposición constituye una actividad

creativa de “producción literaria, científica o artística” en el sentido del artículo 2º, parágrafo 1 del Convenio de Berna, del artículo 10º, parágrafo 2 del AADPIC y del artículo 5º del TODA;

III. Bases de datos sin contenido protegido por el derecho de autor y sin actividad creativa de selección o disposición de los datos o elementos.

La categoría III de los bases de datos es una incógnita en el ámbito del Convenio de Berna, del AADPIC y del TODA.

1. *La Directiva de la Unión Europea*

La protección por el derecho de autor de la categoría II de las bases de datos, según la circunscripción en la cifra 38 de este estudio, fue confirmada con la Directiva 96/9 promulgada el 11 de marzo de 1996. Se precisan la calidad de autor de la base de datos, de sus derechos así como de las limitaciones y restricciones.

Mucho más innovadoras son, sin embargo, las disposiciones de la directiva, relativo a la categoría III de las bases de

datos, es decir de las bases sin contenido protegido por el derecho de autor y sin actividad creativa de selección o disposición de los datos o elementos. No se buscaba una asimilación a las antologías –similar a la asimilación de los programas de ordenador a las obras literarias– sino que se optaba para la solución cautelosa de una protección *sui generis*, es decir, por fuera del derecho de autor, con una duración limitada a 15 años, desde el año de acabamiento de la base de datos. Con esta protección *sui generis* sus efectos permanecen limitados a los Estados miembros de la Unión Europea.

2. *La situación en América Latina*

Las definiciones generales de la obra literaria y artística, a imagen de las disposiciones del artículo 2º, parágrafo 1 del Convenio de Berna, se encuentran en todas las leyes de derecho de autor en América Latina, como la siguiente enumeración sumaria lo muestra:

| AÑO | PAÍS | DEFINICIÓN GENERAL DE LA OBRA LITERARIA O ARTÍSTICA |
|------|-------------|--|
| 1933 | Argentina | “En fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción” (art. 1º). |
| 1937 | Uruguay | “Y, en fin, toda producción del dominio de la inteligencia” (art. 5º). |
| 1977 | Cuba | “Las obras científicas, artísticas, literarias y educacionales [...] son aquellas que entrañan una actividad creadora de sus autores” (art. 7º) |
| 1982 | Colombia | “Y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que puede reproducirse o definirse por [...] cualquier otro medio conocido o por conocer” (art. 2º). |
| 1986 | R. Dominic. | “Y, en fin, toda producción del dominio literario o artístico [...] que pueda reproducirse o fijarse por cualquier medio de impresión o reproducción [...] o por cualquier otro medio conocido o por conocerse” (art. 2º). |

| AÑO | PAÍS | DEFINICIÓN GENERAL DE LA OBRA LITERARIA O ARTÍSTICA |
|---------|--------------|---|
| 1992 | Bolivia | “Toda creación literaria, artística o científica, cualquiera sea la forma de expresión y el medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se conozca en el futuro” (art. 6º). |
| 1970/92 | Chile | “Obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión” (art. 1º). |
| 1993 | Decisión 351 | “Todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer” (art. 4º). |
| 1993 | El Salvador | “Las obras del espíritu manifestadas en forma sensible, cualquiera que sea el modo o la forma de su expresión, de su mérito o de su destino, con tal que dichas obras tengan un carácter de creación intelectual o personal, es decir, originalidad” (art. 12). |
| 1993 | Honduras | “Son obras todas las creaciones originales de carácter literario o artístico, con independencia de su género, modo o forma de expresión, calidad o propósito” (art. 2º). |
| 1993 | Venezuela | “Y, en fin, toda producción literaria, científica o artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento” (art. 2º). |
| 1982/94 | Costa Rica | “Todas las producciones en el campo literario y artístico, cualquiera que sea la forma de expresión” (art. 1º). |
| 1994 | Panamá | “Obra: creación intelectual original, de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma” (art. 2º, num. 14). |
| 1996 | México | “Las obras protegidas por esta ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio” (art. 3º). |
| 1996 | Perú | “Obra: toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse” (art. 2º, num. 17). |
| 1998 | Brasil | “Son obras intelectuales protegidas las creaciones del espíritu, expresadas por cualquier medio o fijadas en cualquier soporte, tangible o intangible, conocido o que sea inventado en el futuro” (art. 7º). |
| 1998 | Ecuador | “Todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad” (art. 8º). |
| 1998 | Guatemala | “Se consideran obras todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera sea el modo o forma de expresión, siempre que constituyan una creación intelectual original” (art. 15). |
| 1998 | Paraguay | “Obra: toda creación intelectual original, en el ámbito literario o artístico, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocer” (art. 2º). |

De esta manera, las bases de datos de las categorías I y II, según la circunscripción en el numeral 38 del presente estudio, se ven protegidas, desde el inicio de esta forma informática, en todo el continente latinoamericano, con la única excepción de Nicaragua.

La mención de las bases de datos como categoría de obras empieza en el año 1993 y se establece como costumbre de la siguiente manera:

| AÑO | PAÍS | DISP. LEGAL |
|------|--------------|--------------------|
| 1993 | Pacto Andino | Art. 4º, lit. II) |
| | Decisión 351 | |
| 1993 | El Salvador | Art. 14 |
| 1993 | Venezuela | Art. 3º |
| 1994 | Panamá | Art. 8º |
| 1996 | México | Art. 13, par. XIV |
| 1996 | Perú | Art. 5º, lit. I) |
| 1998 | Brasil | Art. 7º, par. XIII |
| 1998 | Ecuador | Art. 7º |
| 1998 | Guatemala | Art. 16, lit. b) |
| 1998 | Paraguay | Art. 4º, num. 14 |

En todos estos casos, se trata de bases de datos, establecidas con una selección o disposición de datos que constituyan una creación original o intelectual, es decir de bases de datos de las categorías I o II.

Relativo a las bases de datos sin protección por el derecho de autor –categoría III según la circunscripción en el número 38 del presente estudio– el ejemplo de la Unión Europea de una protección *sui generis* fue seguido por un sólo país en América Latina: México. En su ley de 1996, el artículo 108 estipula:

Las bases de datos que no sean originales quedan, sin embargo, protegidas en su uso exclusivo por quien

las haya elaborado, durante un lapso de 5 años.

No se precisa si se trata de una fórmula *sui generis* o de una asimilación a otra categoría de obras protegidas por el derecho de autor; sin embargo, se trata de un precursor interesante en vista de una protección de gran importancia y bastante urgente.

H. LA ADHESIÓN DE LOS ESTADOS AL CONVENIO DE BERNA

Un mercado común no se puede armonizar sin asegurar que todos los Estados de la región adhieren a los mismos convenios internacionales, es decir que conocen y respetan las mismas obligaciones relativas a las obras originarias de los otros países de la región.

1. La Resolución de la Unión Europea

El Consejo de la Unión Europea resolvió, el 14 de mayo de 1992, con su decisión 92/C 138/01, que los Estados miembros de la UE van a adherir, hasta el 1º de enero de 1995, al Acta de París, de 1971, del Convenio de Berna.

2. La situación en América Latina

Sin esta coerción de mercado común, los países de América Latina decidieron, en el curso de las últimas décadas, de adherirse al Convenio de Berna, con el siguiente ritmo:

| AÑO | PAÍS | ACTA |
|----------|-----------|----------|
| ADHESIÓN | | |
| 1922 | Brasil | París |
| 1967 | Argentina | Bruselas |
| 1967 | México | París |

| AÑO | PAÍS | ACTA |
|----------|-------------|-------|
| ADHESIÓN | | |
| 1967 | Uruguay | París |
| 1970 | Chile | París |
| 1978 | Costa Rica | París |
| 1982 | Venezuela | París |
| 1988 | Colombia | París |
| 1988 | Perú | París |
| 1990 | Honduras | París |
| 1991 | Ecuador | París |
| 1992 | Paraguay | París |
| 1993 | Bolivia | París |
| 1994 | El Salvador | París |
| 1996 | Panamá | París |
| 1997 | Cuba | París |
| 1997 | Guatemala | París |
| 1997 | R. Dominic. | París |

Se presenta una imagen de gran homogeneidad. Falta sólo Nicaragua. La adhesión de Argentina al Acta de París del Convenio de Berna será probablemente vinculada con la promulgación de su nueva ley de derecho de autor, con preparativos muy avanzados.

CONCLUSIONES

En el Viejo como en el Nuevo Mundo, los legisladores siguen con gran seriedad y con notables esfuerzos la evolución tecnológica de los medios de grabación y de difusión. Los métodos son diferentes, pero los resultados se acercan. En la Unión Europea, con las directivas, el acento se pone sobre el progreso en ciertos sectores precisos con reglamentaciones detalladas. En los años 1991-1999, cinco directivas fueron decididas e introducidas. Durante esta década, catorce nuevas leyes fueron promulgadas en América Latina; leyes que

no se limitan a las novedades legislativas estipuladas en las directivas europeas, sino que reflejan una voluntad de renovación amplia y absoluta.

Con los impulsos que emanan de las directivas de la UE, los legisladores nacionales europeos se ven enfrentados con el problema de un perfeccionamiento repetido con breves intervalos. El método de las directivas no corresponde a la “economía legislativa” a nivel nacional. El sistema latinoamericano de legislación busca evitar esta carrera maratón detrás de la evolución tecnológica con la inserción de cláusulas generales que de antemano ponen las líneas directrices del futuro. Este sistema atribuye, como ya se mencionó, un papel considerable para la búsqueda de nuevas soluciones en las manos de la jurisprudencia, más rápida, más sensible y más ágil que cada legislador, pero también más incierta y más vulnerable. ¿Cumple la jurisprudencia latinoamericana con este rol atribuido con las cláusulas generales? Conocemos sólo pocos efectos y lamentamos la ausencia de informaciones regulares y completas sobre las sentencias principales en el continente. Después de la supresión de la parte científica en la revista *Droit d'auteur* de la OMPI, y en especial después de la desaparición de las famosas “cartas de América Latina” en esta revista, tenemos una carencia grave de intercambio de experiencias y de información.

Relativo de los resultados, notamos que simultáneamente con la directiva europea de 1991, relativa a la protección de los programas de ordenador, se introduce esta protección en las leyes latinoamericanas. Esta simultaneidad resulta también en el reconocimiento del derecho de

alquiler y de préstamo, del derecho de radiodifusión por satélite y del derecho de retransmisión por cable como complementos de los derechos patrimoniales.

Con el plazo de protección después de la muerte del autor, América Latina tiene un cierto retraso, comparado con Europa. Esta situación se explica con la diferencia de las actividades editoriales en Europa y en América Latina. El Viejo Mundo es una ciudadela editorial; América Latina aún no lo es. Los editores con su poder económico y cultural son los grandes promotores —y los grandes motores— en favor de la extensión del plazo de protección.

Las bases de datos con una selección o disposición de los datos que corresponde a una actividad creativa intelectual conocen una protección similar de ambos lados del Atlántico. Pero la ocupación con las bases de datos sin vínculos con el derecho de autor se ve mucho más adelantada en Europa; la parte latinoamericana se limita actualmente a la disposición del artículo 108 de la ley de México.

El déficit legislativo más significativo en América Latina se sitúa en el sector de la gestión colectiva de los derechos de autor. Las disposiciones legales reflejan una amplia incompreensión de los asuntos de los autores —y editores— y un desconocimiento profundo sobre la importancia de la gestión colectiva en un ejercicio ordenado y garantizado de los derechos de autor. Falta mucho y tenemos que esperar un cambio sustancial de las mentalidades, pasando de la confusión sobre la libertad de asociación en la gestión colectiva de los derechos de autor y de los fuegos fatuos

de la libre competencia a un orden establecido, pactado entre los autores y el Estado en su función de gran garante de un ejercicio pacífico de todos los derechos privados.

El alto nivel del derecho de autor en América Latina, similar al nivel europeo, es el resultado de esfuerzos considerables durante la última década, prestados esencialmente por la OMPI. Bajo la conducción del Prof. Dr. Carlos Fernández Ballesteros, Subdirector General de la OMPI, los países del continente no sólo fueron animados para empezar con la reforma de sus leyes y para acercarse a los convenios internacionales, sino que también la OMPI puso a su disposición expertos con amplios conocimientos, y en especial: a la Prof. Dra. Delia Lipszyc de Buenos Aires, el Prof. Dr. Ricardo Antequera Parilli de Caracas y el Dr. Carlos Corrales de San José. Fueron asistidos por el Prof. Dr. Antonio Delgado Porrás de Madrid, quien enseñaba el Nuevo Mundo de las corrientes y tendencias europeas y, de esta manera, formaba un gran puente transatlántico de derecho de autor. Con las reuniones anuales en el marco de los cursos OMPI-SGAE, con los encuentros regulares en los congresos latinoamericanos e iberoamericanos, se establecía una unidad de doctrina y una fuerza de cohesión que refleja en los resultados presentados en este estudio de derecho comparado. También en la aldea mundial de la comunicación permanece indispensable que los hombres se encuentren para acordar sus violinos.

